

HUGO LUZ DOS SANTOS

Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance

Título
**Processo Penal da Pessoa Colectiva
na Era do Compliance**

Autor
Hugo Luz dos Santos

Editor
NovaCausa
Edições Jurídicas

NOVA CAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

Braga, Portugal
www.novacausa.net

ISBN
978-989-9026-20-9

Design
Vitor Duarte
vitorduardedesign.blogspot.com

Impressão e Acabamento
Manuel Barbosa & Filhos, Lda

© 2021, julho
NovaCausa, Edições Jurídicas

A reprodução, total ou parcial, desta obra, por fotocópia ou qualquer outro meio, mecânico ou electrónico, sem prévia autorização dos autores e do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

HUGO LUZ DOS SANTOS

Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance

NOVACAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

HUGO LUZ DOS SANTOS

Doutor em Direito (Summa Cum Laude)/
Fellow at Forum for International
Conciliation and Arbitration (FICA,
Oxford, Reino Unido)/Agradado com
a Fellowship of the Royal Society of Arts
of the United Kingdom “in recognition
of his outstanding contributions to the
fields of justice, rule of law and policy
worldwide” (Londres, Reino Unido);
Foreign Expert do Sanya Fenghuang
Research Institute (Sanya, Hainan,
China) “in view of profound attainments
in the field of international related law”;
Procurador da República/Membro
do Grupo Especializado de revisão
do Código Penal de Macau, na parte
respeitante à responsabilidade penal
das pessoas colectivas/Co-Autor do
Anteprojecto do Código Penal de Macau,
na parte respeitante à responsabi-
lidade penal das pessoas colectivas.

Prefácio

Professor Doutor Catedrático Germano Marques da Silva

I. Tenho entendido que o prefácio de uma obra científica não tem por finalidade sumariar o seu conteúdo nem elogiar o Autor. O Autor é naturalmente considerado pelo prefaciador – no caso com prestígio justamente adquirido pela qualidade da obra feita, que é já extensa – e a profundidade das questões tratadas no livro sairiam prejudicadas por qualquer resumo no prefácio. O prefácio deve limitar-se a destacar aspetos especialmente relevantes de modo a estimular os potenciais leitores na sua leitura e análise crítica.

De há muito que me venho ocupando das questões processuais pertinentes à responsabilidade penal das pessoas coletivas¹, alertando o legislador para as lacunas da legislação processual penal e dificuldades práticas resultantes da necessidade de recorrer à aplicação subsidiária do direito processual civil e à interpretação extensiva e integração analógica das normas do processo penal, que foram pensadas para o processamento das pessoas físicas e frequentemente são desconformes com a natureza dos entes coletivos. Ainda agora acabei de publicar um artigo com sugestões ao legislador para introdução no Código de Processo Penal português de várias normas que considero necessárias para a ordenação do processo penal em conformidade com as exigências do processo penal equitativo². Quando escrevi o artigo não conhecia ainda este livro do Doutor Hugo Luz dos Santos, mas apraz-me registar que

¹ Germano Marques da Silva, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores», in Mário Monte e outros (coord.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio de homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 789 a 904.

² Germano Marques da Silva, «Processo contra pessoas coletivas», in Paulo Pinto de Albuquerque e outros (org.), *Corrupção em Portugal / Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, pp. 465 a 476.

partilhamos fundamentalmente das mesmas preocupações e preconizamos idênticas soluções legislativas.

II. Parecem-me decisivas duas questões: a aplicação subsidiária do direito processual civil e o instituto e efeitos da *compliance* criminal, ambas tratadas aprofundadamente e com mestria nesta obra. Como ao Autor também me parece serem «*necessárias normas de natureza processual [penal] para disciplinar convenientemente a criminalidade da empresa, que não se compadecem com a adaptação acrítica e maquinal de normas do processo civil*» porque o processo penal, enquanto meio jurídico privilegiado para a defesa dos direitos constitucionais, desde há muito que se vem autonomizando do processo civil nos princípios fundamentais que os regem. Questões como as da notificação, representação e declarações da pessoa coletiva como arguida são indubitavelmente mais exigentes no processo penal do que no processo civil e há matérias muito sensíveis no âmbito do processo penal, mormente no que se refere às medidas de coação, ao valor do silêncio e no domínio da prova, que nem sequer se suscitam naquele outro processo.

O instituto da *compliance* criminal, em construção dogmática – para a qual o Autor tem dado contributos decisivos nos seus escritos científicos – é fulcral para a responsabilização das pessoas coletivas, ora como causa de exclusão da sua culpa, ora como circunstância atenuante da sua responsabilidade. Por isso também que o Autor preconize que «Sobre a pessoa colectiva arguida deverá impender, no plano da prova defensiva, o ónus da argumentação e de alegação da existência e implementação de um programa de *compliance* eficaz e adequado ao fim a que se destina: a prevenção e evitação da prática de crimes no seio da mesma». O instituto pode ter relevância diversa consoante o regime substantivo da imputação da responsabilidade penal e contraordenacional à pessoa coletiva – da responsabilidade por representação ou direta – e problemático o ónus de alegação, mas razoável sempre em termos teóricos e práticos a exigência ou pelo menos a admissibilidade de a pessoa coletiva arguida poder alegar e provar com relevância penal a eficácia do seu programa de *compliance*.

III. De grande relevo nesta obra é a fundamentação das soluções particulares preconizadas no II Parte, Capítulo II, sob a epígrafe “O Processo Penal das Pessoas Coletivas”, a que o Autor procede aprofundadamente na Parte Geral. Questões como a «necessidade de criação de um processo penal vocacionado

para a empresa enquanto centro de negócios de base personalista», «os fundamentos ético-constitucionais do processo penal vocacionado para a empresa enquanto centro de negócios de base personalista» e da «dignidade funcional das pessoas coletivas» são não só tratados com a profundidade científica a que o Autor nos habituou, como são também sustentadas em abundante jurisprudência e doutrina de vários quadrantes do pensamento jurídico. Por isso que as soluções que preconiza na Parte Especial são sustentadas à luz da dogmática processual penal que enforma o nosso sistema jurídico e justificadas no plano da política processual desta nossa pós-modernidade. Destacamos também a preconizada reforma dos recursos das decisões proferidas contra as pessoas coletivas. Como o Autor, também não entendo o vigente regime de recursos que se explica, em parte, mas não justifica, pelo desfasamento da legislação que não tomou ainda em conta a nova realidade da responsabilidade penal das pessoas coletivas. Como entender que em matéria civil seja admissível o recurso para o Supremo Tribunal desde que o decaimento seja superior a metade da alçada das relações e em matéria penal nem sequer seja admitido o recurso quando for aplicada a pena de dissolução ou a multa em múltiplos da alçada das relações? O Autor preconiza nas conclusões da obra que «dever-se-á proceder, em oportuna sessão legislativa, à reforma da disciplina dos recursos em processo penal, de molde a abarcar, no seu bojo, um duplo grau de recurso no âmbito do processo penal da pessoa coletiva». Não podemos estar mais de acordo.

IV. Não cabe neste prefácio a análise de cada uma das propostas formuladas, que merecem, em geral, a minha concordância. Independentemente, porém, da sua aceitação pelo leitor, estou certo que os estudiosos desta área do Direito encontrarão no “Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance” um valioso contributo científico para informar a reforma do Código de Processo Penal no tocante à arguição das pessoas coletivas e entidades equiparadas, reforma que se apresenta necessária e urgente. Valia da obra, mérito do seu Autor, o Doutor Hugo Luz dos Santos.

Lisboa, junho de 2021.

GERMANO MARQUES DA SILVA

Professor Catedrático Jubilado da Escola de Direito da Universidade Católica

Prefácio

Professora Doutora Sandra Oliveira e Silva

Um espectro paira há vários anos sobre o direito penal da pessoa coletiva: o espectro da dúvida. É uma presença espectral que resiste teimosamente ao tempo, alongando-se em múltiplas direções e desdobrando-se em tópicos inesgotáveis. Tudo começou com a discussão teórica sobre a possibilidade de conceber as pessoas jurídicas como destinatárias de comandos penais e, assim, romper o dogma *societas delinquere non potest*. A entrada em força da responsabilidade das pessoas coletivas no direito penal clássico tornou menos agudas as dúvidas primevas, mas apenas para dar origem a novas e não menos delicadas interrogações. A agenda dos debates doutrinários moveu-se então no sentido da densificação do modelo de imputação escolhido pelo legislador e da análise do elenco das reações criminais consagradas no Código. Mas a fonte das maiores dificuldades não está sequer no que a lei regula, antes no que nela se omite ou silencia. Com efeito, a nota mais saliente do regime é a quase ausência de uma disciplina específica em matéria processual.

Noutros domínios insuportavelmente irrequieto e prolixo, o legislador parece ter votado ao abandono a dimensão adjetiva da responsabilidade dos entes coletivos. À parte uma singular norma sobre medidas de coação no âmbito da corrupção desportiva, nada mais se positiva na lei portuguesa. E não se antecipa que este estado de coisas venha a alterar-se a breve trecho já que a reforma iniciada com a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 nada acrescenta a propósito das pessoas coletivas a não ser um punhado de regras sobre a eficácia substantiva e processual dos programas de *compliance*.

Poderia pensar-se que a razão deste silêncio está na falta de dignidade dos problemas ou na conveniência de deixar as soluções à inventividade da doutrina e da jurisprudência. Nada mais errado. Colocam-se aqui questões da mais elevada grandeza, que apenas por via legislativa podem ser adequadamente

resolvidas. Pense-se nas regras sobre representação da pessoa coletiva em juízo, ou na disciplina das medidas de coação, ou ainda no regime das declarações de funcionários e legais representantes – com o seu cortejo de dúvidas sobre eventuais impedimentos, direitos de recusa de depoimento, invocação reflexa do *privilege against self-incrimination* e valor probatório das informações prestadas. E também não será o exemplo do direito comparado a justificar a deserção. Chamar à colação os ordenamentos que nos são culturalmente próximos apenas serve para tornar mais “chocante” a contumácia legislativa – nem mesmo o direito italiano e o alemão, que rejeitam a possibilidade de entidades imateriais praticarem crimes, deixaram de estabelecer regras processuais específicas para decidir da sua responsabilidade (contraordenacional). Perante um quadro de singular rarefação normativa e condenadas a esperar pacientemente por Godot, a doutrina e a jurisprudência têm desempenhado um papel fundamental na inventariação dos problemas e na apresentação de possíveis soluções. É neste contexto que se situa o *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance* de Hugo Luz dos Santos. Um livro breve e claro, que se destaca pelo seu apuro formal, pela valiosa síntese do «estado da arte» e pelas interessantes sugestões interpretativas que apresenta – ora convocando a «adaptação coordenada das regras do processo civil»; ora com recurso à analogia com as respostas que o Código, no seu «antropocentrismo humanista», foi desenhando para o arguido pessoa física; ora ainda por apelo aos contributos de outros ordenamentos jurídicos. Quanto aos demais méritos da obra, deixarei que o leitor ajuíze por si próprio na certeza de que acharão a sua leitura útil e proveitosa.

Porto, 21 de junho de 2021.

SANDRA OLIVEIRA E SILVA

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Prefácio

Doutor Jorge dos Reis Bravo

A punibilidade de entes coletivos vem sendo encarada, mais do que como uma necessidade, como uma inevitabilidade, sem embargo de em muitos domínios e relativamente a certas condutas ilícitas continuar a apostar-se em reações sancionatórias no quadro do direito administrativo, regulatório e do direito de mera ordenação social. É pertinente interrogarmo-nos sobre se as invocadas exigências e finalidades de punição [criminal] de entes coletivos não poderiam ser convenientemente asseguradas no quadro do direito de mera ordenação social ou de um direito sancionatório de natureza diversa (*interventionsrecht?*), sobretudo quando se surpreende uma certa porosidade nos critérios de delimitação da natureza dos bens jurídicos tutelados relativamente aos bens jurídico-criminais. Na ausência de um consenso dogmático sobre o seu fundamento, estrutura e finalidade, existe uma determinação político-criminal em recomendar ou impor o alastramento da punibilidade das pessoas coletivas, conforme tem vindo a ser persistentemente preconizado desde o Congresso da Associação Internacional de Direito Penal de Bucareste, em 1929, até inúmeros instrumentos normativos sob impulso da ONU³, do Conselho da Europa⁴, e, sobretudo, com maior significado e repercussão mais recente, da União Europeia⁵.

³ De que são exemplo as Convenções de Palermo contra a Criminalidade Organizada e de Mérida, contra a Corrupção.

⁴ *Maxime* as recomendações n.º R [82] 12 sobre infrações económicas, n.º R [82] 15 sobre proteção dos consumidores.

⁵ Através das Decisões-Quadro 2000/383/JAI do Conselho, sobre o reforço da proteção contra a contrafação de moeda na perspetiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras (arts. 1.º, *item* 3.º, 8.º e 9.º), 2001/413/JAI relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário (arts. 1.º, al. b),

O modelo português de responsabilidade penal de entes coletivos consente, a nosso ver, e de acordo com ampla doutrina, uma imputabilidade decorrente de modelações das conceções de base, a de heterorresponsabilidade e a de autorresponsabilidade.

O art.º 11.º, n.º 7 do Código Penal português estabelece que «A responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes nem depende da responsabilização destes», admitindo-se diferentes categorias de imputação objetiva e subjetiva relativamente aos agentes individuais ou mesmo quando a estes não se logre estabelecer qualquer nexo de imputação direta.

Por outro lado, o regime normativo da responsabilização de entes coletivos tem, de forma inesperada, permitido acomodar a disciplina dos sistemas de compliance organizacional (programas de cumprimento normativo) em variados domínios de atividade económica regulados e supervisionados (setor bancário, de mercado de valores, segurador, imobiliário, de distribuição). A opção pela tutela de alguns interesses jurídico-penalmente tutelados num quadro de empresarialização de muitas atividades económicas, implica não prescindir da perseguição penal de entes coletivos nos mais variados domínios desde o fiscal, anti-económico, ambiental, urbanístico e do ordenamento do território, ao tráfico de pessoas, de droga, de armas, de órgãos, de espécies protegidas, patrimonial, financeiro, ao do mercado de valores mobiliários, do financiamento de partidos políticos, da fraude e da corrupção, do branqueamento, enfim, em esferas de atividade nevrálgicas das organizações criminosas.

A opção por determinada configuração de um dos modelos de base da imputação da responsabilidade criminal de entes coletivos (heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade) pode implicar reflexos distintos na

7.º e 8.º), 2002/629/JAI, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos (arts. 4.º e 5.º), 2003/80/JAI, relativa à proteção do ambiente através do direito penal (arts. 1.º, al. c), 6.º e 7.º), 2003/568/JAI, relativa ao combate à corrupção no setor privado (arts. 5.º e 6.º); 2004/68/JAI, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (arts. 1.º, al. d), 6.º e 7.º), 2008/841/JAI, relativa à luta contra a criminalidade organizada (arts. 5.º e 6.º), bem como da futura Diretiva (ainda em *draft*) sobre responsabilidade sancionatória de pessoas coletivas (e entidades equiparadas) que projetará o modelo tendencialmente uniforme e abrangente de futuras soluções legislativas.

conformação do estatuto jurídico-processual das pessoas coletivas ou equiparadas que sejam arguidas em processo penal.

Por outro lado, a consagração positiva de tais soluções noutros ordenamentos jurídicos não são uma novidade, pelo que não nos parece convincente a eventual justificação de falta de experiência de modelos comparados⁶.

Apesar da reconhecida necessidade de previsão de normas específicas para a intervenção de entes coletivos em processo penal, o legislador nacional permanece indiferente à necessidade de assunção de um conjunto de regras processuais próprias, que superem a configuração antropomórfica do processo penal comum. Veremos se tal atitude (deliberadamente?) omissiva se mostra aceitável ou se será justificado, de um ponto de vista de fundamentação constitucional, esperar que o legislador venha a optar pela introdução de um tal regime.

Mas, se o direito processual penal constitui, em certo sentido, uma parte do direito penal⁷, poderá legitimamente colocar-se a questão sobre se não se estará perante um quadro de inconstitucionalidade por omissão, ao permitir-se que a ausência de opções legislativas expressas nessa matéria possa redundar em tratamentos desiguais, desproporcionais e assimétricos que se traduzam não apenas em prejuízos para a posição processual de pessoas coletivas, mas também, indiretamente, para indivíduos cuja atuação punível seja cumulativa com aquelas (art.º 283.º da CRP). A omissão de um conjunto de normas a disciplinar os termos da intervenção e imputação processual de entes coletivos passíveis de sancionamento criminal parece-nos poder considerar-se um caso em que o legislador não providenciou pela exequibilidade de normas constitucionais, quais sejam as normas respeitantes à “Constituição penal” aplicável a tais entidades. Tais normas podem materializar-se, desde logo, na definição do estatuto da pessoa coletiva arguida, da sua representação, modos de comunicação e notificação de atos, das proibições de prova e das medidas de prova, de coação e de garantia patrimonial especificamente admissíveis, soluções de confisco, entre outras, que indiquem o sentido hermenêutico da opção político-criminal tomada pelo legislador ordinário.

⁶ Para uma visão setorial de alguns ordenamentos jurídicos que já consagram normas processuais respeitantes a pessoas coletivas, cfr., MARIA JOÃO ANTUNES, «A posição processual da pessoa coletiva constituída arguida», *Julgar*, n.º 38, mai.-ago. 2019, pp. 19-21 e 24.

⁷ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal I*, Coimbra, Coimbra Ed., 1981, p. 23.

Esta posição, podendo não ser definitiva, encontra um contra-argumento sério, no sentido de se poder sempre recorrer ao mecanismo de integração de lacunas (art. 4.º do CPP). Porém, não pode deixar de se observar, a esse propósito, que a operação de integração de lacunas em processo penal (através da analogia permitida) se deve destinar a suprir a ausência de soluções pontuais, esporádicas – que o legislador, não sendo onisciente, pode legitimamente não ter previsto –, de forma concreta e prudente, mas não se destina a colmatar a falta estrutural de um conjunto sistemático de regras, para valer num âmbito adjetivo específico, de cuja carência o legislador está ciente.

O recurso às operações permitidas pelo art. 4.º do CPP para o processamento de pessoas coletivas, parece-nos, assim, insustentável, dada a plausibilidade de criação de um regime processual penal de entes coletivos, ainda que mínimo. O aprofundado tratamento feito pelo Autor, Doutor Hugo Luz dos Santos percorre todos os nódulos mais problemáticos e complexos que são suscitados a propósito das hipóteses de positivação de normas processuais penais específicas destinadas a pessoas coletivas e entidades equiparadas. E são considerações a partir de credenciadas posições doutrinárias e de ordenamentos comparados, pelo que as suas interpelações não deixarão de ser fecundas, oportunas e pertinentes. É todo um amplo programa que é apresentado, aflorando tormentosas questões, indo dos fundamentos constitucionais aos problemas da aquisição processual de provas através das investigações internas e a sua compatibilidade com o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, questões que estão na ordem do dia na jurisprudência do TJUE e do TEDH, bem como na jurisprudência contraordenacional, de tudo nos dando notícia o Autor.

E só aparentemente a apresentação dos temas assume um registo tópico, compendiando nas suas proposições referências aprofundadamente informadas, que sumariam posições doutrinárias atuais, tornando o livro um instrumento a vários títulos estimulante e indispensável para os estudiosos ou interessados dos temas da responsabilidade penal de pessoas coletivas. Um serviço público, que, portanto, se aplaude e recomenda.

JORGE DOS REIS BRAVO

Procurador-Geral Adjunto
Doutor em Ciências Jurídico-Criminais (FDUC)